

VU Research Portal

De rechterlijke toetsing ter zake van het permanent niet-voegen van relevante stukken in het dossier

Borgers, M.J.

published in

Het roer recht (liber amicorum W.H. Vellinga & F. Vellinga-Schootstra)
2013

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Borgers, M. J. (2013). De rechterlijke toetsing ter zake van het permanent niet-voegen van relevante stukken in het dossier. In A. Dijkstra, B. F. Keulen, & G. Knigge (Eds.), *Het roer recht (liber amicorum W.H. Vellinga & F. Vellinga-Schootstra)* (pp. 43-55). Paris.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl



Foto: Nynke Vellinga

Het Roer Recht

Liber amicorum aangeboden aan Wim Vellinga en
Feikje Vellinga-Schootstra

Mr. A. Dijkstra

Prof. mr. B.F. Keulen

Prof. mr. G. Knigge (red.)

Zutphen 2013


UITGEVERIJ *Paris*

De rechterlijke toetsing ter zake van het permanent niet-voegen van relevante stukken in het dossier

Matthias Borgers

1 Inleiding

Op 1 januari 2013 zijn twee belangrijke strafvorderlijke wetswijzigingen in werking getreden. De regeling ter zake van de processtukken is herzien en de regeling betreffende de positie en de activiteiten van de rechter-commissaris is drastisch gewijzigd.¹ Tussen deze twee wetswijzigingen bestaat onderling verband, doordat aan de rechter-commissaris ook in de nieuwe regeling omtrent de processtukken een centrale rol is toegekend. Op diverse momenten treedt de rechter-commissaris op als geschillenbeslechter, terwijl met het optreden van de rechter-commissaris tevens wordt beoogd om compensatie te bieden aan de handicaps die de verdediging ondervindt wanneer zij niet bekend is – en op dat moment ook (nog) niet bekend mag zijn – met de inhoud van bepaalde stukken.

Zoals altijd verschaffen nieuwe wettelijke regelingen niet alleen duidelijkheid, maar roepen deze ook weer nieuwe vragen op.² Dat wordt alleen al geïllustreerd door een bijdrage van Feikje Vellinga-Schootstra in het tijdschrift *Strafblad*, waarin zij de vraag centraal stelt of de rol van de rechter-commissaris in het vooronderzoek eigenlijk wel wezenlijk is versterkt.³ Een ander voorbeeld betreft de discussie die recent is ontstaan over de vraag in hoeverre de rechter-commissaris nog zelfstandig onderzoek op verzoek van de verdediging mag (laten) verrichten op het moment dat het onderzoek ter terechtzitting een aanvang heeft genomen.⁴ Deze specifieke vraag raakt aan een meer algemeen punt, waarvan men zich kan afvragen of dat in voldoende mate aandacht heeft gekregen bij de totstandkoming van de genoemde wetswijzigingen: de verhouding tussen de rechter-commissaris en de zittingsrechter. Het is duidelijk dat de rechter-commissaris een belangrijke rol speelt tijdens het vooronderzoek, dat wil zeggen: in de fase voordat het onderzoek ter terechtzitting een aanvang neemt. Minder duidelijk is welke rol de rechter-commissaris nog kan en mag spelen op het moment dat de zittingsrechter in beeld komt. In de praktijk van alledag kan dat moment overigens al vrij snel komen, omdat de regeling van de voorlopige hechtenis ertoe dwingt om binnen de (90 dagen-)termijn van de gevangenhouding het onderzoek ter terechtzitting te doen aanvangen (vgl. art. 66 lid 2 Sv).

Over de verhouding tussen de rechter-commissaris en de zittingsrechter valt veel te zeggen. Zo veel dat er voor deze bijdrage een scherpe keuze diende te worden gemaakt. Die keuze is gevallen op de mogelijkheid die de wet thans expliciet biedt om stukken die op zich relevant zijn voor het onderzoek, vanwege zwaarwegende

1. Wet versterking positie rechter-commissaris, *Stb.* 2011, 600 en Wet herziening regels betreffende de processtukken in strafzaken, *Stb.* 2011, 601.
2. Ik wijs in relatie tot de regeling van de processtukken op de conclusie van A-G Vellinga voor HR 31 januari 2012, *NJ* 2012, 102, waarin hij de vraag bespreekt in hoeverre onder het nieuwe recht een gegevensdrager als processtuk kan gelden.
3. F. Vellinga-Schootstra, 'Versterking van de positie van de rechter-commissaris in strafzaken? Enkele opmerkingen naar aanleiding van het gelijknamige wetsvoorstel', *Strafblad* 2010, p. 439-456.
4. Zie V. Mul, 'Herijking positie rechter-commissaris: versterking?', *DD* 2013, p. 190-194 en daartegenover Rb. Rotterdam 28 maart 2013, *LJN* BZ7275 en *LJN* BZ7282.

belangen toch buiten het dossier te houden. Hierna wordt dat kortheidshalve ook wel aangeduid als het afschermen van stukken. In de daartoe bestemde procedure speelt de rechter-commissaris een belangrijke rol. Tegelijkertijd kan de zittingsrechter voor de vraag komen te staan — ambtshalve of vanwege een verzoek van de verdachte — of die afgeschermden stukken niet alsnog in het dossier zouden moeten worden gevoegd. Niet alleen rijst dan de vraag welke betekenis de eerder verrichte activiteiten van de rechter-commissaris hebben voor de beslissing van de zittingsrechter, maar ook in hoeverre de rechter-commissaris tijdens het onderzoek ter terechtzitting nog een nuttige rol kan of wellicht moet spelen teneinde de zittingsrechter tot een beslissing te kunnen laten komen. Het belang van deze vragen zal in het vervolg van deze bijdrage blijken.

In deze bijdrage sta ik eerst stil bij de regeling van het niet-voegen van (wel relevante) processtukken, met bijzondere aandacht voor de rol van de rechter-commissaris (par. 2). Vervolgens bespreek ik de toetsingsmogelijkheden en -verplichtingen van de zittingsrechter ter zake van deze categorie processtukken (par. 3). Omdat bij die bespreking enkele knelpunten naar voren zullen komen, ga ik tot slot in op een mogelijke oplossingsrichting voor de geconstateerde problemen (par. 4).

2 Het permanent niet-voegen van processtukken en de rol van de rechter-commissaris

2.1 De mogelijkheid om stukken niet te voegen

De officier van justitie draagt tijdens het opsporingsonderzoek op grond van art. 149a lid 1 Sv de verantwoordelijkheid voor de samenstelling van de processtukken. Het tweede lid van art. 149a Sv bevat daarbij de definitie van processtukken: 'Tot de processtukken behoren alle stukken die voor de ter terechtzitting door de rechter te nemen beslissingen redelijkerwijs van belang kunnen zijn, behoudens het bepaalde in artikel 149b.' Centraal in deze definitie staat dus de relevantie van de stukken. In principe hebben *alle* relevante stukken te gelden als processtukken en behoren deze dus onderdeel uit te maken (of te gaan uitmaken) van het dossier. Art. 149a lid 2 Sv formuleert echter ook een uitzonderingscategorie: 'behoudens het bepaalde in artikel 149b'.

In art. 149b Sv is voorzien in de mogelijkheid om de voeging van (gedeelten van) stukken achterwege te laten, indien bepaalde zwaarwegende belangen aan de orde zijn. Het gaat dan om stukken (of passages) die *wel* relevant zijn, in de zin dat deze redelijkerwijs van belang kunnen zijn voor de ter terechtzitting door de rechter te nemen beslissingen.⁵ Zou dat immers niet het geval zijn, dan zouden deze stukken reeds vanwege het ontbreken van relevantie buiten het dossier mogen worden gehouden. Het gaat hier derhalve om de bijzondere en ook exceptionele situatie waarin voor de strafzaak relevante stukken worden afgeschermd. Voor de goede orde: van een tijdelijke onthouding van de kennisneming van (wel tot het dossier behorende) processtukken is in deze situatie geen sprake, het gaat om het (in principe) permanent buiten het dossier houden van bepaalde stukken (of gedeelten daarvan).

5. Vgl. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 468, nr. 3, p. 27.

Het permanent onthouden van relevante stukken aan de verdediging en de (zittings)rechter betreft een ingrijpende bevoegdheid, die dan ook met enkele waarborgen is omgeven. Art. 149b lid 1 Sv geeft de officier van justitie de mogelijkheid om bepaalde stukken of gedeelten daarvan niet te voegen bij de processtukken, 'indien hij dit met het oog op de in artikel 187d, eerste lid, vermelde belangen noodzakelijk acht'. Daarmee verwijst de wet naar de regeling van het beletten van een getuige om bepaalde vragen te beantwoorden. In art. 187d lid 1 Sv worden daarbij de volgende gronden benoemd:

- a. de getuige zal ernstige overlast ondervinden of zal in de uitoefening van zijn ambt of beroep ernstig worden belemmerd,
- b. een zwaarwegend opsporingsbelang wordt geschaad, of
- c. het belang van de staatsveiligheid wordt geschaad.⁶

Het is primair aan de officier van justitie om te bepalen of met de voeging van bepaalde (gedeelten van) stukken één van deze belangen in het geding komt, en wel in die mate dat het achterwege laten van de voeging noodzakelijk wordt geacht. Wanneer de officier van justitie meent dat die situatie zich voordoet, dient hij een schriftelijke machtiging van de rechter-commissaris te vorderen (art. 149b lid 1, tweede volzin, Sv). Eerst indien hij die machtiging verkrijgt, kan de voeging achterwege worden gelaten. Wel dienen in dat geval, zo schrijft de derde volzin van art. 149b lid 1 Sv voor, de desbetreffende vordering van de officier van justitie en de beschikking van de rechter-commissaris bij de processtukken te worden gevoegd. Ook wordt op grond van art. 149b lid 2 Sv een proces-verbaal bij de processtukken gevoegd, waarin door of namens de officier van justitie verslag wordt gedaan van de redenen voor het toepassen van diens bevoegdheid om stukken niet te voegen. Daarbij geldt de niet onbelangrijke beperking dat die redenen alleen worden opgegeven 'voor zover de in artikel 187d, eerste lid, vermelde belangen dat toelaten'.⁷ Nu het de officier van justitie erom te doen is dat met het oog op die zwaarwegende belangen de inhoud van (gedeelten van) bepaalde stukken *niet* bekend wordt, moet men geen al te grote verwachtingen hebben van de openheid die de officier van justitie kan betrachten.

Een laatste waarborg die de wet verschaft, is gelegen in de verplichting van art. 149b lid 3 Sv voor de officier van justitie om de niet-gevoegde (gedeelten van) stukken te bewaren zolang de zaak niet is geëindigd. Aldus wordt de mogelijkheid van voeging in een later stadium van de procedure niet bij voorbaat geblokkeerd.

2.2 De rol van de rechter-commissaris en de positie van de verdediging nader bezien

In de wet wordt de toets die de rechter-commissaris aanlegt wanneer de officier van justitie een machtiging op de voet van art. 149b lid 1 Sv vordert, niet specifiek omschreven. Het ligt evenwel voor de hand dat de rechter-commissaris allereerst nagaat of inderdaad één van de in art. 187d lid 1 Sv omschreven belangen aan de orde is (of eventueel meerdere van die belangen) en vervolgens oordeelt of het

6. De belangen van het slachtoffer leveren als zodanig geen grond op voor het permanent niet-voegen van (gedeelten van) stukken. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 468, nr. 6, p. 20-21.

7. Vgl. ook *Kamerstukken II* 2009/10, 32 468, nr. 3, p. 10 en *Kamerstukken II* 2010/11, 32 468, nr. 6, p. 12.

desbetreffende belang — afgezet tegen het belang van interne openbaarheid en het verdedigingsbelang — het noodzakelijk maakt de voeging van het desbetreffende (gedeelte van het) stuk permanent achterwege te laten.⁸ Daarbij neemt de rechter-commissaris kennis van de inhoud van het stuk, zodat hij zich ook daadwerkelijk een oordeel kan aanmeten en niet hoeft af te gaan op slechts de vordering van de officier van justitie en de daarop gegeven toelichting.⁹

Hoewel de wet daar niets over regelt, lijkt het geenszins onverenigbaar met de strekking en het doel van art. 149b Sv wanneer de rechter-commissaris zekere voorwaarden verbindt aan het verlenen van een machtiging. Gedacht kan dan worden aan de situatie waarin de rechter-commissaris met de officier van justitie van oordeel is dat een bepaald stuk (of een gedeelte daarvan) buiten het dossier moet worden gehouden, maar waarin hij het wel verantwoord acht om de desbetreffende informatie in een andere vorm of op een andere wijze openbaar te maken. Dat kan bijvoorbeeld inhouden dat een getuigenverklaring buiten het dossier wordt gehouden, maar dat wel een proces-verbaal wordt opgenomen waarin bepaalde hoofdlijnen van die verklaring worden samengevat.¹⁰

De verdediging speelt in het kader van de procedure van art. 149b Sv geen rol. Aanvankelijk heeft de minister overwogen te voorzien in de mogelijkheid voor de verdediging om te worden gehoord. Die mogelijkheid is echter uiteindelijk niet zinvol bevonden omdat de verdediging toch geen informatie zou (kunnen) krijgen omtrent de redenen voor het niet-voegen.¹¹ Met hetzelfde pragmatisme heeft de minister gemeend dat ook geen rechtsmiddelen behoeven te worden opengesteld tegen de beschikking van de rechter-commissaris betreffende de verlening van een machtiging in de zin van art. 149b lid 1 Sv. Enigszins curieus merkt de minister — ter rechtvaardiging van deze keuze — op dat te verwachten valt dat anders altijd dat rechtsmiddel zal worden aangewend door de verdachte.¹²

Op de aldus gemaakte keuze om aan de verdediging geen rol toe te kennen in de procedure van art. 149b Sv, valt het een en ander af te dingen. Het belangrijkste bezwaar lijkt erin te zijn gelegen dat die keuze berust op de veronderstelling dat de verdediging nimmer een zinvolle bijdrage kan leveren aan die procedure. Dat staat echter niet op voorhand vast. Het kan voor de rechter-commissaris zinvol zijn om zicht te krijgen op de — voorlopige — opstelling van de verdediging. De noodzaak om, met het oog op de belangen die art. 149b Sv beoogt te beschermen, relevante stukken buiten het dossier te houden, kan immers niet volkomen los worden gezien van het verdedigingsbelang, zeker nu — zoals verderop in deze bijdrage nader aan de orde komt — dit verdedigingsbelang rechtstreeks samenhangt met het recht op een eerlijk proces. Bovendien is het niet uitgesloten dat de verdediging reeds op een of andere wijze over informatie is komen te beschikken — bijvoorbeeld betreffende de wijze van opsporing — waardoor de noodzaak tot

8. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 468, nr. 3, p. 28-29.

9. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 468, nr. 3, p. 29 en *Kamerstukken II* 2010/11, 32 177, nr. 12, p. 47. De grondslag hiervoor kan worden gevonden in art. 177a Sv. Vgl. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 468, nr. 3, p. 8.

10. Vgl. A.A. Franken, 'Regels voor het strafdossier', *DD* 2010, p. 415. Zie ter illustratie HR 22 januari 2008, *NJ* 2008, 406, m.nt. M.J. Borgers.

11. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 468, nr. 3, p. 29.

12. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 468, nr. 3, p. 30-31. Zie de terechte kritiek van R.H. Hermans, 'Nieuwe regels voor de kennisneming van processtukken', *DD* 2012, p. 305 en P.T.C. van Kampen, 'Toegang tot het dossier', *DD* 2013, p. 205-206.

afscherming van die informatie is komen te vervallen of voor een minder verstrekende wijze van afscherming kan worden gekozen. Weliswaar heeft de rechter-commissaris mede tot taak zelfstandig te waken over de belangen van de verdediging, dat neemt niet weg dat in de huidige constellatie de toetsing door de rechter-commissaris tot op zekere hoogte een eenzijdig karakter — want alleen verricht op basis van door het Openbaar Ministerie (OM) verstrekte informatie en de inhoud van de af te schermen stukken — kent.¹³

Nu de verdediging buiten boord wordt gehouden in de procedure van art. 149b Sv, zal de verdediging andere wegen (kunnen en moeten) zoeken teneinde afgeschermd stukken alsnog aan het dossier te laten toevoegen of om anderszins (enige) informatie omtrent de inhoud van de stukken te vergaren. Zo kan de verdediging aan de zittingsrechter het daartoe strekkende verzoek doen. Deze mogelijkheid komt in de volgende paragraaf nader aan de orde. Er is echter nog een andere mogelijkheid, waarvan reeds tijdens het vooronderzoek gebruik kan worden gemaakt. De verdachte kan namelijk op de voet van art. 34 lid 1 Sv schriftelijk het verzoek doen aan de officier van justitie om 'specifiek omschreven stukken' die naar zijn mening van belang zijn voor de beoordeling van de zaak, bij de processtukken te voegen. De officier van justitie kan die voeging weigeren (onder andere) indien hij dit onverenigbaar acht met één van de in art. 187d lid 1 Sv vermelde belangen. Daartoe behoeft hij een schriftelijke machtiging van de rechter-commissaris. Aldus is het mogelijk dat de verdachte het verzoek doet om de stukken te voegen die zijn aangeduid in het proces-verbaal ex art. 149b lid 2 Sv. Daarmee geeft de verdachte, zo komt mij voor, de vereiste voldoende specifieke omschrijving van de stukken. Het ligt voor de hand dat de officier van justitie die voeging vervolgens zal weigeren, maar dan dient hij zich wel — wederom — tot de rechter-commissaris te wenden. De rechter-commissaris zal nu opnieuw de aan het begin van deze paragraaf omschreven toets moeten aanleggen. Zij het wel met dat verschil dat de rechter-commissaris de onderbouwing van het schriftelijke verzoek van de verdediging in de beoordeling betreft. Weliswaar wordt dit laatste niet expliciet voorgeschreven in de wet, maar er is geen valide reden om die onderbouwing te negeren. Hierin ligt naar mijn mening ook de reden besloten dat het verzoek op de voet van art. 34 Sv niet mag worden gepasseerd met de enkele stelling dat reeds is geoordeeld over de afscherming van de desbetreffende stukken.¹⁴ Bij die eerdere beoordeling is de verdediging immers buiten beeld gebleven.

3 Toetsing door de zittingsrechter: enkele knelpunten

De zittingsrechter kan op grond van art. 315 lid 1 Sv, indien daartoe de noodzakelijkheid blijkt, bevelen dat bescheiden of stukken van overtuiging die niet op de terechtzitting aanwezig zijn, worden overgelegd. Gelet op art. 328 Sv kan de verdachte derhalve aan de zittingsrechter het verzoek doen om stukken in de zin van art. 149b Sv, waarvan het bestaan bekend is vanwege het proces-verbaal dat op de voet van art. 149b lid 2 Sv is opgemaakt, in het dossier te voegen. De zittingsrechter

13. Zie ook Hermans 2012 (*supra* noot 12), p. 304, Van Kampen 2013 (*supra* noot 12), p. 206 en P.T.C. van Kampen & D.P. Hein, 'Strijd om stukken: de Wet processtukken', *NJB* 2013, p. 75.

14. Vgl. ook *Kamerstukken II* 2009/10, 32 468, nr. 3, p. 36, waarin de verplichting van art. 149b lid 3 Sv om de afgeschermd stukken te bewaren in verband wordt gebracht met (onder andere) het bepaalde in art. 34 Sv.

moet in dat geval beoordelen of die voeging noodzakelijk is. Langs deze weg kan de verdediging trachten om de voeging van afgeschermden stukken (alsnog) te bewerkstelligen. Betoogd zou bijvoorbeeld kunnen worden dat zich feiten en omstandigheden hebben voorgedaan die ertoe leiden dat de noodzaak om stukken af te schermen inmiddels anders moet worden beoordeeld dan eerder door de rechter-commissaris is gedaan, of dat er aanwijzingen bestaan dat de afgeschermden stukken ontlastende of anderszins voor de verdachte gunstige gegevens bevatten waardoor het voortduren van de afscherming in strijd komt met het recht op een eerlijk proces. Gedacht kan hierbij worden aan de situatie waarin een zogeheten kluisverklaring wordt afgeschermd, maar daarna de inhoud van die verklaring toch gaat 'rondzingen' en aldus aanwijzingen ontstaan dat die verklaring ontlastende informatie zou bevatten of de geloofwaardigheid van andere door de desbetreffende getuige afgelegde verklaringen zou aantasten.¹⁵

Dat de verdediging het hier geschetste verzoek op grond van art. 315 jo. 328 Sv kan doen, is helder.¹⁶ Maar dan beginnen de problemen. Want hoe moet de zittingsrechter een oordeel vellen over dit verzoek? De positie van de zittingsrechter is wezenlijk anders dan die van de rechter-commissaris (alleen al) in die zin dat de rechter-commissaris — oordelend op grond van art. 149b Sv dan wel art. 34 Sv — de desbetreffende stukken wel volledig kan inzien, terwijl de zittingsrechter die mogelijkheid niet heeft. Dit laatste wordt niet alleen bevestigd in de wetsgeschiedenis,¹⁷ maar volgt ook uit het beginsel van interne openbaarheid, op grond waarvan de zittingsrechter geen informatievoorsprong mag hebben op de overige procesdeelnemers.¹⁸ In dit verband kan ook — met Kooijmans — worden gewezen op art. 301 lid 4 Sv, op grond waarvan ten bezware van de verdachte geen acht wordt geslagen op stukken die niet zijn voorgehouden ter terechtzitting.¹⁹

Het komt er dus op neer dat de zittingsrechter moet beslissen omtrent de voeging van stukken waarvan hij de inhoud niet kent en ook niet mag kennen, terwijl er naar het oordeel van de officier van justitie en de rechter-commissaris zwaarwegende belangen aan de orde zijn om die stukken niet te voegen. Tegelijkertijd geldt dat in de beslissing om stukken op grond van art. 149b Sv niet aan het dossier te voegen, besloten ligt dat het om relevante stukken gaat, derhalve om stukken die — aldus art. 149a lid 2 Sv — 'voor de *ter terechtzitting* door de rechter te nemen beslissingen redelijkerwijs van belang kunnen zijn'. Daarmee komt de zittingsrechter feitelijk niet alleen voor de vraag te staan of hij het verzoek van de verdediging moet hono-

15. Vgl. J.M. Reijntjes in zijn noot onder HR 11 oktober 2010, NJ 2011, 537: 'Kluisverklaringen zijn soms een vorm van levensverzekering; legt de getuige het loodje, dan komt zijn verklaring naar buiten — hij heeft er dan alle belang bij dat vriend en vooral vijand het bestaan ervan bekend is.' Zie in dit verband ook de uitspraak in het zogeheten Passage-proces, Rb. Amsterdam 29 januari 2013, LJN BY9841.

16. Die mogelijkheid wordt ook erkend in de wetsgeschiedenis. Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 32 468, nr. 3, p. 30-31.

17. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 177, nr. 12, p. 55.

18. G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, bewerkt door M.J. Borgers, Deventer: Kluwer 2011, p. 627, 658. Vgl. ook, in relatie tot het horen van bedreigde getuigen, HR 20 april 1999, NJ 1999, 677, m.nt. 'tH en HR 6 november 2001, NJ 2002, 186, m.nt. YB en voorts — in de context van beslissingen omtrent de voorlopige hechtenis — T. Kooijmans & J.B.H.M. Simmelink, 'Het recht op kennisneming van de processtukken in het Wetsvoorstel tot verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven', *DD* 2006, p. 1125.

19. T. Kooijmans, *Dat is mijn zaak!*, Tilburg: Tilburg University 2011, p. 22-23.

rereren, maar eveneens of hij — ook los van dat verzoek — zonder de afgeschermden stukken op verantwoorde wijze tot een eindoordeel in de strafzaak kan komen. In de wetsgeschiedenis wordt de hier omschreven problematiek in de sleutel gesteld van de verdedigingsrechten op grond van art. 6 EVRM. Het is vaste rechtspraak van het EHRM 'that the prosecution authorities disclose to the defence all material evidence in their possession for or against the accused'. Het gaat niet om een absoluut recht. Vanwege zwaarwegende belangen mag *disclosure* (tot op zekere hoogte) achterwege blijven. Beperkingen op het recht op interne openbaarheid dienen echter 'strictly necessary' te zijn, terwijl ook 'any difficulties caused to the defence by a limitation on its rights must be sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities'.²⁰ De minister geeft aan dat deze compensatie vooral wordt geboden door de procedure van art. 149b Sv. Hij vervolgt:

'Op deze wijze zal ook de zittingsrechter steeds op de hoogte zijn van het feit dat in een eerder stadium van de strafprocedure over de samenstelling van het procesdossier beslissingen zijn genomen. Uiteindelijk bepaalt de zittingsrechter of er voldoende informatie beschikbaar is voor een goede beoordeling van de zaak. Hij kan bevelen dat bepaalde stukken alsnog worden overgelegd (artikel 315, eerste lid, Sv). Het ligt in de rede dat de zittingsrechter, indien hem gebleken is van de toepassing van deze regeling [die van art. 149b Sv; MJB], uiterst zorgvuldig met de bevoegdheid uit laatstgenoemde bepaling zal omgaan. Dat direct de overlegging van de niet-gevoegde stukken wordt bevolen, welk bevel de (onomkeerbare) openbaarmaking van die stukken tot gevolg heeft, zal in de regel dan ook niet de geëigende weg zijn om een nadere beoordeling van deze stukken [te; MJB] bewerkstelligen. De betrokkenheid, wederom, van een rechter-commissaris of een raadsheer-commissaris hierbij is aangewezen. Bij toepassing van het voorgestelde artikel 149b, eerste lid, Sv — waarbij alsdan de vordering van de officier van justitie achterwege kan blijven en vooral de (afgeschermden) beoordeling door de rechter-commissaris van de stukken centraal staat — kan in dat geval, mede tegen de achtergrond van de visie van de zittingsrechter, eventueel een nadere onderbouwing worden gegeven van de redenen die aan het (wederom) niet voegen van de informatie ten grondslag liggen.'²¹

In deze passage komen twee belangrijke gezichtspunten naar voren. Allereerst blijkt het belang dat in de verslaglegging van de procedure van art. 149b Sv — het gaat dan vooral om het proces-verbaal in de zin van art. 149b lid 2 Sv, maar eventueel ook om de motivering van de beschikking van de rechter-commissaris tot het verlenen van de machtiging — zo concreet mogelijk wordt omschreven welke stukken worden afgeschermd en in welke mate daarmee aan de zittingsrechter en de verdediging relevante informatie wordt onthouden. De op zichzelf begrijpelijke verleiding om vanwege de op het spel staande belangen in de zin van art. 187d lid 1 Sv de informatieverstreking juist zo summier mogelijk te houden, moet derhalve

20. Zie onder andere EHRM 6 maart 2012, appl.nr. 59577/08, EHRC 2012, 106, overwegingen 77 en 78, met nadere verwijzingen naar eerdere rechtspraak van het EHRM.

21. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 468, nr. 3, p. 30.

zo veel mogelijk worden weerstaan, teneinde complicaties in de fase van het onderzoek ter terechtzitting te voorkomen. Duidelijk mag zijn dat dit veelal geen eenvoudige opgave zal zijn.

Voorts geeft de minister een nadere invulling aan de wijze waarop de zittingsrechter het verzoek van de verdediging tot voeging van afgeschermd stukken moet beoordelen. Kennelijk dient de zittingsrechter, indien hij voorshands van oordeel is dat het verzoek voor toewijzing in aanmerking komt (althans niet zonder meer kan worden afgewezen), opnieuw de procedure van art. 149b Sv te initiëren. De bedoeling hiervan is blijkbaar dat de rechter-commissaris tot een hernieuwde – of indien de raadsheer-commissaris wordt geadieerd: een nieuwe – beoordeling komt van de noodzaak tot afscherming, daarbij de eventuele overwegingen van de zittingsrechter in acht nemend.²² Wetstechnisch is deze constructie niet eenvoudig te duiden. Art. 149b Sv maakt onderdeel uit van de regeling van het opsporingsonderzoek en derhalve van het vooronderzoek, terwijl het initiatief tot het starten van deze procedure bij de officier van justitie ligt. Het Wetboek van Strafvordering biedt geen duidelijke grondslag voor het opstarten van deze procedure door de zittingsrechter, met uitschakeling van de rol van de officier van justitie. Wel zou hier kunnen worden gedacht aan het doen verrichten van ‘enig onderzoek’ door de rechter-commissaris (of de raadsheer-commissaris) op de voet van art. 316 lid 1 Sv.²³ Dat onderzoek zou dan in de kern moeten bestaan uit het (nogmaals) bestuderen van de afgeschermd stukken, het opnieuw en/of nader bezien van de noodzaak tot het voortduren van de afscherming en het rapporteren van de bevindingen daaromtrent aan de zittingsrechter. Dat lijkt op hetgeen de minister voor ogen staat, maar het is wel degelijk iets anders. Immers, het opdragen van nader onderzoek aan de rechter-commissaris doet er niet aan af dat het de *zittingsrechter* is die op grond van art. 315 lid 1 Sv beslist – en ook moet beslissen – omtrent het verzoek dat is gedaan tot het voegen van de – (tot dan toe) afgeschermd – stukken in het dossier.²⁴ Enigszins anders gezegd: de zittingsrechter mag – anders dan de minister suggereert – de beslissing omtrent dat verzoek niet uit handen geven aan de rechter-commissaris (of de raadsheer-commissaris), maar kan zich ‘hooguit’ – door middel van een daartoe op te stellen proces-verbaal – nader laten informeren omtrent de risico’s van de eventuele toewijzing van het verzoek. Daarbij geldt dat de bevindingen van de rechter-commissaris bekend moeten worden gemaakt aan alle procesdeelnemers en dus ook aan de verdediging. De rechter-commissaris zal derhalve, indien de belangen van art. 187d lid 1 Sv in zijn optiek nopen tot voortduren van de afscherming, niet of slechts in (zeer) beperkte mate mededelingen kunnen doen over de inhoud van de desbetreffende stukken.

22. Hetgeen tijdens het onderzoek ter terechtzitting naar voren komt, zou – mede ook gelet op de ontwikkelingen die zich sinds de beslissing tot afscherming hebben voorgedaan tijdens het opsporingsonderzoek – mogelijk een ander licht kunnen doen schijnen op de relevantie van die stukken dan wel de noodzaak tot afscherming.

23. Niet een gedelegeerde rechter-commissaris (of gedelegeerde raadsheer-commissaris), omdat art. 316 lid 2 Sv diens optreden beperkt tot het horen van getuigen of deskundigen. Deze beperking is geen ongelukkige, omdat zo wordt voorkomen dat een van de rechters die aan het onderzoek ter terechtzitting deelneemt, kennis krijgt van de inhoud van stukken die de andere rechters en ook de verdediging niet kennen.

24. Nu de beslissing omtrent de voeging niet wordt genomen door de rechter-commissaris, geldt mijns inziens strikt genomen niet het bezwaar van Van Kampen en Hein dat door hernieuwde inschakeling van de rechter-commissaris diens onpartijdigheid op het spel komt te staan. Vgl. Van Kampen & Hein 2013 (*supra* noot 13), p. 78.

In de wetsgeschiedenis wordt ook het een en ander opgemerkt over de mogelijke consequenties van het niet-voegen van de afgeschermd stukken:

‘Als het dossier niet wordt aangevuld met de ontbrekende informatie en daardoor geen goede beoordeling van de zaak mogelijk is, beslist de zittingsrechter wat daarvan de consequenties zijn. Tot de mogelijke beslissingen behoren, met inachtneming van de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake de toepassing van artikel 395a [lees: 359a; MJB] Sv en afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval, bewijsuitsluiting (van stukken die niet op de door zittingsrechter verlangde wijze werden overgelegd) en niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie.’²⁵

De inhoud van deze passage is enigszins curieus. Wat is immers het nut van de uitsluiting van stukken die *geen* onderdeel zijn gaan uitmaken van het dossier, van het bewijs? En waarom wordt aan art. 359a Sv gerefereerd, terwijl het hier niet gaat om – in het kader van het voorbereidend onderzoek begane – vormverzuimen? Los daarvan, lijkt deze passage te bevestigen dat de zittingsrechter niet, direct of indirect, de beslissing omtrent het al dan niet voegen van afgeschermd stukken volledig uit handen kan geven aan de rechter-commissaris en dus ook dat de zittingsrechter het laatste woord heeft over de volledigheid van het dossier en over de gevolgen van het ontbreken van relevante stukken. Tot die gevolgen kan dan behoren de beslissing om bepaalde (wel) in het dossier voorkomende bewijsmiddelen terzijde te schuiven, omdat omtrent de geloofwaardigheid of anderszins de bruikbaarheid van vergaard bewijsmateriaal twijfel is ontstaan, terwijl die twijfel juist vanwege de ontoegankelijkheid van afgeschermd stukken niet kan worden weggenomen.

4 Nadere analyse en een mogelijke oplossingsrichting

De wetgever heeft met art. 149b Sv willen voorzien in een procedure die een evenwicht bewerkstelligt tussen diverse belangen. Allereerst is deze procedure erop gericht om te voorkomen dat het bestaan van gevoelige en/of geheime informatie die op enigerlei wijze relevant is (geweest) voor het strafrechtelijke onderzoek, volledig onbenoemd blijft. Daarbij voorziet de procedure in rechterlijke toetsing van de beslissing van het OM om *wel* relevante informatie *niet* in het dossier te voegen. Daarmee wil de wetgever, nu het afschermen van dergelijke stukken onvermijdelijk tot handicaps voor de verdediging leidt, een – met de eisen van het EVRM in overeenstemming zijnde – *counterbalancing procedure* bieden. De Wet herziening regels betreffende de processtukken in strafzaken voorziet daarmee in een op zichzelf belangrijke verbetering in het wettelijke stelsel van regels omtrent de interne openbaarheid.

Bij nadere beschouwing van het nieuwe wettelijke stelsel en de parlementaire toelichting daarop blijkt evenwel dat de verdediging een tamelijk karige rol toebedeeld heeft gekregen. In de procedure van art. 149b Sv is zelfs geen enkele rol voor de verdediging weggelegd. Wel kan de verdediging op eigen initiatief na kennisgeving van de bescheiden die tonen dat bepaalde stukken zijn afgeschermd ervoor

25. Kamerstukken II 2009/10, 32 468, nr. 3, p. 30.

kiezen om een verzoek te doen tot het (alsnog) voegen van die stukken. De rol die aan de verdediging is toebedeeld in de procedure van art. 34 Sv, is evenwel bepaald niet groot.²⁶ De officier van justitie en de rechter-commissaris dienen — dat is, strikt genomen, niet eens expliciet in de wet voorgeschreven, maar er is geen reden om aan te nemen dat die verplichting niet zou bestaan — de onderbouwing van het verzoek in ogenschouw te nemen. Echter, voor de verdediging zal het tamelijk lastig zijn om het verzoek met kracht van argumenten te onderbouwen, nu aan de verdediging — op zich begrijpelijk, maar in deze context toch een duidelijke handicap veroorzakend — niet of slechts in beperkte mate bekend is gemaakt wat de inhoud van de afgeschermden stukken behelst. Wellicht zou met een creatieve toepassing van art. 35 Sv, dat voorziet in een bevoegdheid voor het gerecht tot het horen van de verdachte bij het nemen van ‘eenige beslissing in de zaak’, nog een (beperkte) hoorzitting door de rechter-commissaris kunnen worden georganiseerd,²⁷ maar zo die mogelijkheid al wordt aanvaard, is van een verplichting hiertoe geen sprake. De verdediging zal het daarom uiteindelijk moeten hebben van het onderzoek ter terechtzitting en de mogelijkheid om daar een verzoek tot het voegen van de afgeschermden stukken aan het dossier te doen. Maar er gelden ook dan belangrijke beperkingen, zoals in par. 3 is gebleken. Die beperkingen raken niet alleen de positie van de verdediging, maar ook de verantwoordelijkheden van de zittingsrechter zelf. Doordat door zowel de verdediging als de zittingsrechter niet van de desbetreffende stukken kennis kan worden genomen, zal moeten worden gevaren op informatie die door de rechter-commissaris — in het kader van een eventueel gelast nader onderzoek — wordt verstrekt, waarbij die laatste echter weer — indien er (nog steeds) goede redenen voor afscherming bestaan — sterk beperkt is in hetgeen hij aan de procesdeelnemers kan communiceren.

Bij deze stand van zaken rijst al snel de vraag of het stelsel van art. 149b Sv *cum annexis* in overeenstemming is met de eisen die art. 6 EVRM stelt aan de interne openbaarheid als onderdeel van het recht op een eerlijk proces. Zoals in par. 3 reeds is besproken, is daarvoor vooral van belang dat ‘any difficulties caused to the defence by a limitation on its rights must be sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities’.²⁸ Dat brengt met zich dat de verdediging daadwerkelijk de kans moet hebben om te participeren in het besluitvormingsproces betreffende het afschermen van processtukken.²⁹ Nu lijkt het te stellig om te beweren dat in alle gevallen waarin overeenkomstig art. 149b Sv stukken worden afgeschermd, art. 6 EVRM wordt geschonden. Maar het tegendeel is evenmin het geval. Het komt aan op de concrete feiten en omstandigheden van het geval. Van belang zijn dan onder andere de volgende factoren: de concrete belemmeringen die zijn ontstaan voor de verdediging door de afscherming van stukken; de mate waarin door de officier van justitie of de rechter-commissaris een toelichting is gegeven op de aard en/of de (globale, summier) inhoud van de afgeschermden stukken; (daarmee samenhangend:) de concrete mogelijkheden voor de verdediging

26. Vgl. ook Van Kampen & Hein 2013 (*supra* noot 13), p. 76.

27. Vgl. hieromtrent Van Kampen 2013 (*supra* noot 12), p. 208, voetnoot 50.

28. Zie voor een uiteenzetting van de rechtspraak van het EHRM door het Hof zelf: EHRM 11 januari 2011, appl.nr. 6684/05 (*McKeown/Verenigd Koninkrijk*), §§ 43-47.

29. Vgl. EHRM 31 maart 2009, appl.nr. 21022/04 (*Natunen/Finland*), § 48, EHRM 8 december 2009, appl.nr. 28552/05 (*Janatuinen/Finland*), § 50 en EHRM 6 maart 2012, appl.nr. 59577/08 (*Leas/Estland*), EHRM 2012, 106, § 88.

om de gronden voor afscherming te kunnen tegenspreken; de mate waarin het standpunt van de verdediging is betrokken bij de verschillende beslissingen omtrent afscherming, hetgeen omvat de mate waarin de door de verdediging aangevoerde gronden — of de bij de zittingsrechter gerezen vragen — nader zijn onderzocht; het bestaan — en ook benut zijn — van alternatieve mogelijkheden om de afgeschermden informatie in enigerlei vorm beschikbaar te maken (bijvoorbeeld door het horen van een persoon als bedreigde getuige).

Ter illustratie zou het volgende (fictieve) voorbeeld kunnen worden gegeven. In een grootschalig onderzoek wordt een zogeheten ‘kluisverklaring’ afgelegd omtrent diverse ernstige strafbare feiten, die vanwege de zwaarwegende belangen van de desbetreffende getuige niet bij de processtukken wordt gevoegd. Vervolgens voert in een van de strafzaken die op dit onderzoek volgen, de verdediging aan dat er geruchten rondgaan over de inhoud van die verklaring en dat de kluisverklaring ontlastende elementen zou kunnen bevatten omtrent het specifieke feit dat aan deze verdachte ten laste is gelegd, terwijl de verdachte diens betrokkenheid bij dat feit ontkent. Vervolgens wordt, op basis van informatie die door het OM wordt verstrekt en die door de rechter-commissaris in het kader van een door de zittingsrechter gelast nader onderzoek is geverifieerd, vastgesteld dat in de kluisverklaring helemaal niets wordt gezegd over dit specifieke ten laste gelegde feit (maar wel over andere strafbare feiten). Die bevinding wordt vervolgens overgebracht aan de zittingsrechter en de verdediging. In dat geval komt het mij voor dat de combinatie van de procedure van art. 149b Sv en het nader onderzoek door de rechter-commissaris, waarbij die laatste door de zittingsrechter is geïnformeerd over hetgeen door de verdediging is aangevoerd, een toereikende *counterbalancing procedure* oplevert. De situatie komt anders te liggen indien duidelijk wordt — al dan niet naar aanleiding van hetgeen de verdediging heeft aangedragen — dat in de kluisverklaring wel het een en ander wordt gezegd over het ten laste gelegde feit, maar dat — door het OM en de rechter-commissaris — wordt volstaan met de enkele mededeling dat de belangen van art. 187d lid 1 Sv zich verzetten tegen een nadere toelichting op de inhoud daarvan. In dat geval kan het op zich gerechtvaardigd worden geacht dat de zittingsrechter het verzoek tot het voegen van de afgeschermden stukken afwijst, maar tegelijkertijd staat dan wel vast dat de verdediging ernstig wordt belemmerd in het voeren van verweer. De zittingsrechter kan dan weinig anders dan constateren dat de beschuldiging tegen de verdachte zich in onvoldoende mate laat toetsen, zodat een vrijspraak in de rede ligt. Een veroordeling lijkt in deze situatie namelijk niet te verenigen met art. 6 EVRM.

Het is vooral deze spanning tussen de procedure van art. 149b Sv *cum annexis* en art. 6 EVRM, waar ik op wil wijzen. Vervolgens rijst natuurlijk de vraag of het niet beter kan en ook moet. Die vraag klemmt niet alleen vanuit het perspectief van de verdediging. Ook het OM heeft er baat bij dat zo uitvoerig en nauwkeurig mogelijk wordt geregeld hoe met afgeschermden informatie wordt omgegaan. Het OM loopt nu het risico dat de zittingsrechter juist vanwege de beperkte verificatiemogelijkheden genegen zal zijn een verzoek tot het voegen van afgeschermden stukken toe te wijzen.³⁰ Dat zou mogelijk kunnen leiden tot terughoudendheid bij het OM,

30. Vgl. de perikelen zoals die blijken uit Hof’s-Gravenhage 26 februari 2013, IJN BZ2134. In deze zaak heeft de civiele rechter de Staat (lees: het Openbaar Ministerie) verboden, vanwege de door het OM met de desbetreffende getuige gemaakte afspraken, om uitvoering te geven aan het bevel van de

wanneer het gaat om zeer gevoelige informatie, om bepaalde stukken als relevant aan te merken. Want als stukken niet relevant zijn, is er ook geen noodzaak tot voeging en daarmee ook niet tot het initiëren van de procedure van art. 149b Sv. Kortom, een duidelijke, volledige en (daarmee) zekerheid verschaffende wettelijke regeling is in het belang van alle bij de strafzaak betrokken actoren.³¹

Over het antwoord op de vraag hoe het beter kan, valt veel te zeggen, maar ik laat het bij de volgende, rudimentaire schets. De wetgever heeft weliswaar een goede aanzet gedaan voor een regeling ter zake van het afschermen van stukken, maar ook een kans gemist.³² In plaats van de halfslachtige mogelijkheid tijdens het onderzoek ter terechtzitting om de rechter-commissaris te adiëren teneinde de zittingsrechter — zo goed en zo kwaad als mogelijk — te hulp te schieten, zou eigenlijk dienen te worden voorzien in de mogelijkheid om tijdens het onderzoek ter terechtzitting een *disclosure judge* in te schakelen, die zelf een oordeel velt in een procedure waaraan niet alleen het OM deelneemt, maar waarin ook aan de verdediging een duidelijke en substantiële rechtspositie wordt toegekend.³³ Dit laatste behelst dat de verdediging rechtstreeks de *disclosure judge* moet kunnen informeren omtrent de gronden van het verzoek tot het voegen van afgeschermd stukken, terwijl daarover ook ten overstaan van deze rechter met het OM van gedachten zou moeten kunnen worden gewisseld. Daarbij zou kunnen worden voorzien in de mogelijkheid³⁴ om een *special counsel* of *special advocate* te benoemen, dat wil zeggen: een advocaat die — anders dan de verdachte en diens raadsman (of raads-

strafrechter om kluisverklaringen in handen van de rechter-commissaris te stellen. Dat dit oordeel tot complexe juridische vragen leidt, behoeft nauwelijks toelichting.

31. In het in de vorige voetnoot genoemde arrest van het Hof 's-Gravenhage wordt het voorstel van de Staat om de rechter-commissaris als enige inzage te geven in de kluisverklaringen van de hand gewezen omdat dit voorstel geen grondslag vindt in de wet. Daarmee is niet gezegd dat inzage door uitsluitend de rechter-commissaris de te prefereren weg is, maar wel dat een adequate wettelijke regeling van groot belang is.
32. Voorstellen met een vergelijkbare strekking als de navolgende suggestie, zijn ook reeds door anderen gedaan. Zie onder andere A.A. Franken, 'De betekenis van het dossier in strafzaken', aantekening 6.3, in: Melai/Groenhuijsen e.a., suppl. 126 (december 2001) en ook het advies van de Nederlandse Orde van Advocaten over het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de Wet herziening regels betreffende de processtukken in strafzaken. In het bestuursrecht wordt eveneens gepleit voor de introductie van een *special advocate*, met name in verband met veiligheidsonderzoeken en het gebruik van gevoelige informatie in vreemdelingenzaken. Zie daarover bijvoorbeeld de noot van T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik onder EHRM 20 juli 2010, AB 2011, 132.
33. Vgl. EHRM 11 januari 2011, appl.nr. 6684/05 (*McKeown/Verenigd Koninkrijk*), § 48: 'It [the Court; MJB] also considers that, subject to appropriate appellate review, the appointment of a disclosure judge would, in principle, meet the requirements of Article 6 § 1 of the Convention.' Daarbij is niet gezegd dat inzage van de afgeschermd stukken door de zittingsrechter in het licht van art. 6 EVRM uitgesloten zou zijn. Vgl. daarover Y. Buruma in onderdeel 4 van zijn noot onder HR 6 november 2001, NJ 2002, 186. Lindeman wijst er terecht op dat in verschillende uitspraken waarin het EHRM zich verenigt met inzage door de zittingsrechter, het gaat om juryzaken, waarin de zittingsrechter (dus) veeleer procesbewaker is. Zie J. Lindeman, 'Rubriek EHRM rechtspraak', DD 2011, p. 286. Uit EHRM 5 februari 2013, appl.nr. 31777/05 (*O'Farrell/Verenigd Koninkrijk*) blijkt expliciet dat het EHRM inzage door de zittingsrechter niet zonder meer ontoelaatbaar acht. Het gaat hierbij om het specifieke geval waarin de zittingsrechter, na inzage, constateert dat de desbetreffende stukken — in het licht van het verzoek van de verdediging — geen relevante informatie bevatten. In dat geval verlaat de zittingsrechter zich bij het vellen van zijn eindoordeel in de strafzaak ook niet op de desbetreffende stukken. Daarmee wordt echter duidelijk dat op het moment dat de stukken wel relevante informatie blijken te bevatten, de zittingsrechter in een lastige positie terecht komt. Vgl. ook Kooijmans 2011 (*supra* noot 19), p. 22.
34. De mogelijkheid, niet de verplichting. Wanneer bijvoorbeeld de *disclosure judge* constateert dat de afgeschermd stukken in het geheel geen relevante informatie bevatten, kan de aanstelling van een *special advocate* achterwege blijven. Vgl. EHRM 11 januari 2011, appl.nr. 6684/05 (*McKeown/Verenigd Koninkrijk*), §§ 52-53.

vrouw), maar wel door hen geïnformeerd en geïnstrueerd — volledig inzage krijgt in de afgeschermd stukken en met die kennis — buiten de aanwezigheid van de verdachte en diens raadsman — nadere gronden omtrent de noodzaak tot afscherming mag aanvoeren, en tevens verzoeken en voorstellen kan doen om de relevante informatie op een andere, in het licht van de op het spel staande belangen minder belastende wijze openbaar te maken.³⁵ Met een procedure zoals hier geschetst, kunnen nimmer alle handicaps van de verdediging worden weggenomen en ook de zittingsrechter zal in voorkomende gevallen bepaalde kennis moeten blijven ontberen.³⁶ Ten opzichte van de huidige situatie kunnen evenwel substantiële verbeteringen worden gerealiseerd. Eigenlijk zou daarom, waar het gaat om afgeschermd stukken, de huidige wettelijke regeling — ook al is die van zeer recente datum — weer op de schop moeten worden genomen.

35. Zie voor een meer uitvoerige beschrijving bijvoorbeeld D. Barak-Erez & M.C. Waxman, 'Secret Evidence and the Due Process of Terrorist Detentions', 48 *Columbia Journal of Transnational Law* 2009-2010, p. 24-31.
36. De *special advocate* zal zijn bevindingen niet onverkort kunnen rapporteren aan de verdachte en zijn raadsman, behoudens toestemming van de *disclosure judge*. Die laatste kan weliswaar beslissingen nemen omtrent het al dan niet (gedeeltelijk) openbaar maken van bepaalde informatie, maar kan evenmin geheel 'vrijuit' communiceren met de zittingsrechter.